

Betydningen av overføring av ansatte for identitetsvurderingen ved virksomhetsoverdragelse

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 557

Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 13302 ord

22.04.2010

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING **4**

1.1 Problemstillingen og betydningen av at reglene om kommer til anvendelse.....4

1.2 Identitetsvurderingen.....6

2. KATEGORIER VIRKSOMHET **8**

2.1 Personellintensive virksomheter.....8

2.2 Materiellintensive virksomheter.....11

2.3 Blandete virksomheter.....14

3. HVOR MANGE ANSATTE SOM MÅ OVERFØRES **16**

3.1 Vektlegging innen de forskjellige kategorier virksomhet.....16

3.2 Grensen i personellintensive virksomheter16

3.3 Grensen i materiellintensive virksomheter.....19

3.4 Grensen i blandete virksomheter.....21

3.5 Oppsummering.....25

4. FREMGANGSMÅTEN VED REKRUTTERING **28**

4.1 Betydningen av at stillinger lyses ut.....28

4.2 Betydningen av ulovlige vilkår.....30

5. OMGÅELSESPØRSMÅLET **32**

5.1 Innledning.....32

| | | |
|-------|---|-----------|
| 5.2 | Domstolenes holdning til omgåelse..... | 34 |
| 5.3 | Behovet for styrking av lovverket..... | 36 |
| 5.3.1 | <i>Behovet for en gjennomskjæringsregel.....</i> | <i>36</i> |
| 5.3.2 | <i>Behovet for annen styrking av lovverket.....</i> | <i>37</i> |

6. AVSLUTNING **40**

| | | |
|-----|---|----|
| 6.1 | Betydningen av at overføring av ansatte vektlegges forskjellig..... | 40 |
|-----|---|----|

7. LITTERATURLISTE **43**

8. LOVER, FORARBEIDER OG RETTSPRAKSIS **45**

1 INNLEDNING

1.1 Problemstillingen og betydningen av at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse.

I norsk rett finnes reglene om virksomhetsoverdragelse i kapittel 16 i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Reglene kan komme til anvendelse der en virksomhet skifter eier. Hovedregelen som angir anvendelsesområdet er arbeidsmiljøloven § 16-1 første ledd:

”Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet.”

Reglene er en konsekvens av Norges forpliktelser gjennom EØS avtalen, og har sitt utspring i direktiv 2001/23/EF.¹

.

Det er tre hovedvilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand, jf Rt. 2006 side 71 (*SAS-Braathens*).

Det første er et krav om at overførselen gjelder en selvstendig økonomisk enhet. Reglene kommer ikke til anvendelse ved overføring av enkeltaktiva i en virksomhet. Det andre er at overføringen må skje til en annen innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter. Det er imidlertid ikke noe vilkår at det forligger noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og nye virksomhetsinnehaver. Det tredje vilkåret er at den virksomhet som blir videreført av den nye virksomhetsinnehaver, i det vesentlige må være den samme som ble drevet av den tidligere innehaver. Dette er blitt uttrykt på den måte at virksomheten må ha bevart sin identitet etter overføringen.

¹ Direktivet er en konsolidering av tidligere direktiv 98/50/EF og 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Hvorvidt ansatte overtas eller ikke er en del av de momenter som domstolene vurderer for å fastslå om det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Problemstillingen i denne oppgaven er å forsøke og kartlegge grenser og kriterier i rettspraksis som sier noe om betydningen av overføringen av ansatte, og i tilfelle hvor grensene går. I det følgende er det først og fremst hvilken betydning omfanget av overakelsen av arbeidsstokken har, som vil bli behandlet. De andre kriteriene vil bli omtalt i den grad de har betydning for sammenhengen.

Direktiv 2001/23/EF skal tolkes ut fra sitt formål. Dette går delvis frem av at direktivets formål er angitt i tittelen og dels av fortalen.² EF- og EFTA-domstolene har lagt stor vekt på formålet i sin tolkning.³ På grunn av Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen vil dette også gjelde for arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven heter det i Ot.prp. nr. 49 på side 256 at:

”Reglene skal i henhold til rettspraksis fortolkes på bakgrunn av sitt formål, som er å hindre at arbeidstakerne mister sine rettigheter på grunn av at virksomheten skifter innehaver.”

Kommer reglene til anvendelse er de ansattes opparbeidede rettigheter beskyttet, jf arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd, hvor det står at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold overføres til ny arbeidsgiver.

For de ansatte i en virksomhet er det derfor av stor betydning at reglene kommer til anvendelse i forbindelse med skifte av arbeidsgiver. I dagens samfunn er omstillinger i arbeidslivet svært vanlig. For det første er det de rene oppkjøp av virksomheter, som er de mer klassiske tilfellene der reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Dette er situasjoner som ikke så ofte reiser tvil om de ansatte er omfattet av det vernet loven er ment å gi. I tillegg er fusjoner, fusjoner, anbudskonkurranser og outsourcinger noe som rammer mange ansatte. Det er på det rene at reglene om virksomhetsoverdragelse også kan gjelde i slike tilfeller. Dette går frem av

² Reglene har et sosialt formål, jf punkt 3 i fortalen.

³ Se for eksempel sak C-24/85 Josef Maria Antonius Spijkers mod Gebroeders Bendik Abbaritor CV og Alfred Bendik en Zonen BV premiss 6 og sak C-340/01 Carlito Abler m.fl. mod Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH premiss 29.

omfattende praksis fra EF og EFTA domstolen, noe jeg vil komme mer tilbake til. Her er det ofte større tvil om man er innenfor reglenes anvendelsesområde eller ikke. Det gjør arbeidssituasjonen for de ansatte mer usikker. Spesiell tydelig blir det i konkurranseutsatte virksomheter, hvor virksomhetens eksistens er avhengig av kortvarige kontrakter. Dersom reglene ikke kommer til anvendelse i slike situasjoner, vet de ansatte ikke om de har jobb mer enn tre til fem år frem i tid. Og får de ansettelse hos ny kontraktsinnehaver, risikerer de å bli ansatt på dårligere vilkår enn de hadde hos forrige arbeidsgiver. Hvis kontrakten går frem og tilbake mellom konkurrenter risikerer man stadig å få reduserte vilkår, selv om man fortsetter å utføre samme type arbeid.

For de opprinnelig ansatte i en virksomhet som overtar en annen kan det være problematisk at det kommer inn ansatte med bedre vilkår enn de selv har. Dette gjelder både om lønnsnivået er høyere i den overtatte virksomhet, og om stillingsvernsansienheten er bedre. Har de overtatte ansatte høyere lønn enn de opprinnelige for samme utførte arbeid kan dette føles urettferdig, selv om de overtatte ansattes lønnsnivå bygger på et rettslig krav. Lengden på stillingsvernsansienheten kan få konsekvenser i forbindelse med rasjonalisering og nedbemanning som følge av overdragelsen.

For arbeidsgivere kan det være både fordeler og ulemper ved at reglene kommer til anvendelse. Det kan i mange tilfeller være praktisk å overta erfarent personell, og også aktiva som utstyr og lokaler. Høyt lønnsnivå og gode arbeidsbetingelser til de ansatte man eventuelt skal overta kan gjøre det mindre attraktivt.

1.2 Identitetsvurderingen

Høyesterett må på bakgrunn av EØS-avtalen legge stor vekt på praksis fra EF-domstolen i sin tolkning av bestemmelsene i kapittel 16 i arbeidsmiljøloven. Tolkningsproblemer oppstår først og fremst når det er spørsmål om en virksomhet har beholdt sin identitet. Dette settes oftest på spissen der bare deler av virksomheten overføres, og i trepartssituasjoner der det i utgangspunktet bare er en kontrakt som overføres. Der det bare er en aktivitet som overføres, uten at det overtas ansatte eller aktiva, vil ikke bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse

komme til anvendelse. I EF-domstolens avgjørelse i *Spijkers*⁴ er det blitt utviklet et sett kriterier og momenter som skal vektlegges ved vurderingen om identiteten er i behold. Følgende momenter er i følge domstolen relevante ved identitetsvurderingen:⁵

- hvilken type/art virksomhet eller bedrift det er tale om før og etter overføringen,
- om det er overført fysiske aktiva som virksomhetens lokaler, utstyr og annet løsøre,
- verdien av immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet (blant annet goodwill),
- omfanget av overtakelsen av arbeidsstokken,
- om kundekretsen overtas,
- i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme,
- hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 har også drøftet identitetsvurderingen. Spørsmålet om identiteten er bevart må avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering av situasjonen før og etter overføringen, jf Ot.prp. nr. 49

Momentlisten i henhold til *Spijkerskriteriene* er ikke uttømmende. Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor alle elementer i transaksjonen må tas i betraktning. Hvilken vekt de enkelte elementer skal ha, avhenger av den typen aktivitet virksomheten utfører. Dette henger sammen med at aktiviteten ofte er mer avhengig av noen elementer som i større grad preger virksomhetens identitet jf. *Borgerud m.fl.* 2007 (side 72). Denne avveiningen kan være problematisk. Om det overtas ansatte og materielle aktiva og i tilfelle hvor mye, er klassiske momenter i identitetsvurderingen. Hvor mye som skal til for at det skal ha konkret relevans eller vekt, er imidlertid ikke like klart, jf *Evju* 2006 (side 60).

For å avgjøre hva som karakteriserer virksomhetens identitet har EF-domstolen lagt til grunn at det kan sondres mellom personellintensive virksomheter som i *Süzen*,⁶ og materiellintensive virksomheter som i *Liikenne*.⁷ Senere har Høyesterett i Rt. 2001 side 248 (*Olderdalen*

⁴ Sak C-24/85 Josef Maria Antonius Spijkers mod Gebroeders Bendik Abbaritor CV og Alfred Bendik en Zonen BV.

⁵ Senere kalt *Spijkerskriteriene*.

⁶ Sak C-13/95 Ayse Süzen mot Zenacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice

⁷ Sak C-72/99 Oy Liikenne AB mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen

Ambulanse), også kommet frem til at det finnes blandingsvirksomheter som ikke kjennetegnes ved en enkelt innsatsfaktor. For at virksomheten kan sies å ha beholdt sin identitet, er det et krav at en betydelig eller vesentlig del av det som karakteriserer virksomheten overdras, jf *Süzen* premiss 21 og *Liikenne* premiss 42. Dette blir nærmere presentert i det følgende.

2. KATEGORIER VIRKSOMHER

2.1 Personellintensive virksomheter

Hvilke bransjer som kan regnes for å være personellintensive kan by på problemer å avgjøre. *Fougner og Holo* 2006 (side 892) har gitt noen eksempler på hva som regnes som personellintensive virksomheter og hvilken betydning det har:

"I virksomheter som er karakterisert av arbeidskraften og ikke av materielle eller immaterielle aktiva, for eksempel rengjøring, vakthold, IT-tjenester, regnskap, juridiske tjenester og lignende, vil det avgjørende være om arbeidstakere er overført og eventuelt i tilstrekkelig omfang. En eventuell overtakelse av materielle og/eller immateriell aktiva vil ikke kunne oppveie for manglende overtakelse av arbeidstakere."

Om betydningen uttaler også *Borgerud* 2010⁸ at det i EF-domstolens praksis finnes flere eksempler på at en virksomhets identitet i all hovedsak er karakterisert ved en enkelt faktor, som for eksempel ansatte. I slike tilfeller må legges til grunn at det kun er i de tilfeller hvor det er klart at arbeidsstyrken utgjør den vesentlige del av aktiviteten at dette kriteriet blir utslagsgivende. Dette vil ofte være tilfellet i tjenesteytende virksomheter, hvor det finnes lite eller ingen materielle aktiva. I *Olderdalen Ambulanse* nevner Høyesterett rengjøring og vakthold som eksempler på virksomheter som kan utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler (side 257).

⁸ Note 626 i kommentar til arbeidsmiljøloven § 16-1

Det kreves altså at arbeidsstyrken klart utgjør den vesentligste del av aktiviteten, og at de ansatte i særlig grad preger virksomheten. Det kan derfor by på problemer å plassere en virksomhet innenfor denne kategorien. Rettspraksis fra EF-domstolen har utviklet systemet med å sondre mellom personell- og materiellintensive virksomheter og gir noe veiledning. Den mest sentrale avgjørelsen fra EF-domstolen på området hvor virksomheten er karakterisert ved de ansatte, er *Süzen*. Denne dommen kan sies å være retningsgivende. En skole sa opp rengjøringskontrakten med et rengjøringsfirma, og inngikk deretter kontrakt med et annet firma, som verken tok over ansatte eller aktiva. Det heter i premiss 21 at:

"I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del av aktiviteten, vil en gruppe av arbeidstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opprettholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikasjoner betydelig del av den arbeidsstyrke, som hos forgængerens spesielt utførte denne oppgave."

Domstolen slo fast at hvis det i personellintensive virksomheter ble overført en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av de ansatte, ville direktivet komme til anvendelse, selv om det ikke ble overført andre aktiva.

Rengjøringskontrakter som blir satt ut på anbud er et tema EF-domstolen har hatt til behandling flere ganger. I tillegg til *Süzen* kan nevnes *Temco*.⁹ I premiss 25 vises det, i tillegg til *Süzen*, til flere andre avgjørelser EF-domstolen har truffet i forbindelse med spørsmålet om virksomhetsoverdragelse i rengjøringsbransjen.¹⁰ Det slås fast at en økonomisk enhet i visse bransjer kan fungere uten materielle eller immaterielle aktiver av betydning, og det kan ikke være av betydning for om enheten opprettholdes etter en transaksjon at det ikke er overført

⁹ Sak C-51/00 Temco Service Industries AS mot Samir Imzilyen, Mimoune Belfarth, Abdesselam Afia-Aroussi, og Khalil Lakhdar.

¹⁰ Forente saker C-127/96, C-229/96 og C-74/97 Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez og Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner mot Hoechst AG (C-229/96), og Mercedes Gómez Montaña mot Claro Sol SA og Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) C-74/97 og sak C-392/92 Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der frueheren ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen.

slike aktiva. Rengjøringsbransjen må etter disse dommene sies å være personellintensiv, selv om rengjøring er en bransje som har utviklet seg, og at rengjøring av større lokaler også foregår ved hjelp av maskiner.

Vakthold og sikkerhetstjenester kan generelt sies å være personellintensive virksomheter, i hvert fall ordinære vektertjenester. Det å opprettholde ro og orden på for eksempel kjøpesentre og ved større arrangementer, i tillegg til kontroll og oppfølging av boliger og forretningsbygg, er i første rekke avhengig av de ansatte. Det kan tenkes unntak, som for eksempel sikkerhetskontroll på flyplasser. I saken *Securicor/Kötter*,¹¹ var temaet bruk av sikkerhetsutstyret, som var stilt til rådighet for oppdragstakeren av den tysk stat, som også var oppdragsgiver. Spørsmålet var om samme bruk av sikkerhetsutstyret kunne likestilles med en overføring av driftsmidler i spørsmålet om dette var en virksomhetsoverdragelse etter direktivet. Securicor Aviation stod for sikkerhetskontrollen på flyplassen i Düsseldorf inntil de mistet kontrakten til Kötter Aviation Security i 2003. Securicor måtte som følge av dette si opp alle sine ansatte. Kötter var ikke interessert i at dette skulle være en virksomhetsoverdragelse, og ansatte bare 167 av Securicors 306 tidligere arbeidstakere. Kötter hevdet at bruk av tredjemanns driftsmidler bare kunne betraktes som en overføring dersom bruken kunne utnyttes i egen økonomisk interesse. Dette avviste EF-domstolen. Denne typen virksomhet fremstår mer som blandet enn personellintensiv, når også bruk av utstyr får betydning for identitetsvurderingen.

Konsulenttjenester, som IT-, arkitekt- og juridiske tjenester, samt bank- og forsikringsbransjen kan sies å være personellintensive. Det samme gjelder andre kunnskapsvirksomheter, og for eksempel undervisning. Unntak kan tenkes for IT-bransjen. Her kan bruk av dyrt dataverktøy tilsi en mer blandet virksomhet. Bortsett fra i rengjøringsbransjen har rettspraksis vært forsiktig med å kategorisere virksomhetene som personellintensive. Et eksempel fra rettspraksis i forbindelse med kunnskapsvirksomhet er Rt. 1997 side 1954 (*Løten*). Saken gjaldt undervisning og fritidsordning for seksåringer. Høyesterett la avgjørende vekt på de ansattes kvalifikasjoner i sin identitetsvurdering. Ellers er det ikke så mye rettspraksis fra mer kunnskapsorienterte virksomheter. Det kan skyldes at kompetansen er såpass etterspurt at ny arbeidsgiver ser det som en fordel å ansette fra forrige innehaver. Spesielt vil dette være

¹¹ Sak C-232/04 og C-233/04 Nurten Güney-Görres (sak 232/04), Gul Demir (sak C-233/04) mot Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation security GmbH & Co. KG

aktuelt der arbeidsmarkedet er stramt, og det er vanskelig å rekruttere, men dette vil også gjelde i andre bransjer. På høyt kvalifiserte arbeidstakere vil det ofte også være en gjengs markedspris, som det ikke er så lett å komme unna. Ansatte i kunnskapsorienterte virksomheter vil ofte også stille sterkere i forhandlinger, og være bedre i stand til å ivareta sine interesser.

Innenfor **kantine/forpleining/catering** har det vært flere forskjellige avgjørelser i rettspraksis. I Rt. 1997 side 1965 (*Stavanger Catering*) ble det lagt avgjørende vekt på at det ble overtatt en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av de ansatte. Arbeidet foregikk på oljeplattform og innebar kantinedrift, rengjøring og skift av sengetøy. Dette ble da sett på som personellintensivt, jf *Sützen* premiss 21. En avgjørelse på linje med denne finnes i Hålogaland Lagmannsrett.¹² Saken gjaldt overføring av Statoils kantine i Harstad. Retten kom til at kantinedrift er en tjenesteytende virksomhet som i alminnelighet vil være preget av selve ytelsen, og derved av de personer som utfører tjenesten. EF-domstolen kom til motsatt resultat når det gjaldt drift av sykehuskjøkken. I *Abler/Sodexho*¹³ kom retten kom til at det var lokaler, utstyr, energi og vann som karakteriserte virksomheten og ikke de ansatte. I en anket sak fra Øvre Romerike Tingrett¹⁴ kom rettens flertall til at flycateringvirksomhet var en blandet virksomhet, mens mindretallet mente den var personellintensiv.

Det kan konkluderes med at i de tilfeller hvor cateringtjenesten er mer sammensatt, og hvor direkte matproduksjon bare er en mindre del av dette, vil det mest sannsynlig være personellintensiv eller blandet virksomhet.

2.2 Materiellintensive virksomheter

Materiellintensive virksomheter kjennetegnes ved at det er de fysiske aktiva som lokaler, maskiner, produksjonsutstyr osv. som er det karakteriserende. Overføring av en vesentlig del av de karakteriserende aktiva vil være et nødvendig vilkår for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse. En betydelig overføring av ansatte vil

¹²Sak LH 2000-00970

¹³ Sak C-340/01 Carlitto Abler m.fl. mod Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH

¹⁴ Sak nr 09-085847 TVI-OVRO

ikke oppveie for manglende overdragelse av materielle aktiva. I Ot.prp. nr. 49 på side 257 heter det:

Etter rettspraksis må det overføres en vesentlig del av fysiske elementer eller driftsmidler når det er slike faktorer som karakteriserer virksomhetens identitet, hvis det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse.”

Det er to sentrale dommer fra EF-domstolen som har fått betydning for hva som regnes som materiellintensive virksomheter.

Den første er *Liikenne*. Saken gjaldt anbudskonkurranse innenfor **offentlig busstransport**. Det overtakende selskap ansatte de fleste av forrige innehavers sjåfører, men tok ikke over materielle aktiva. Det heter i premiss 42 at:

”I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan ansees for at have bevaret sin identitet.”

Den andre er *Abler/Sodexho*. Driften av et **sykehuskjøkken** gikk over fra Sanrest til Sodexho etter anbudskonkurranse. Sodexho tok ikke over noen ansatte fra Sanrest.

I dette tilfellet kom retten i premiss 37 til at dette var materiellintensivt, og det at ingen ansatte ble overtatt ikke utelukket at direktivet kom til anvendelse. I premiss 36 uttaler retten at:

”Driften av storkøkkener kan imidlertid ikke anses for en aktivitet, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, for så vidt som driften kræver meget inventar. I hovedsagen er de fysiske aktiver, der er påkrævede for den omhandlede aktivitet – dvs. lokalerne, vand og energi samt de nødvendige større og mindre maskiner.”

Også innenfor denne kategorien kan det være vanskelig å avgjøre hva som skal regnes som materiellintensivt. Rent umiddelbart kan det virke som drift av storkjøkken og bussvirksomhet er innenfor kategorien. **Produksjonsbedrifter** er blitt omtalt som materiellintensive i rettspraksis. For eksempel i *Olderdalen Ambulanse*, hvor ambulansedrift ble kategorisert som

blandet, brukte Høyesterett produksjonsbedrifter som eksempel på materiellintensive virksomheter. På side 257 blir det uttalt at identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr. Men også her vil det være nyanser. Stor grad av automatisering kan tyde på materiellintensiv virksomhet, mens stor grad av manuelt arbeid vil tilsi en blandet virksomhet. I kapitalintensive bransjer som **skipsfart og offshore**, der det ligger store investeringer bak hver arbeidsplass, vil betydningen av aktiva også være dominerende, jf *Jakhellen* 1993 (side 445).

Rettspraksis har vist at det kan være vanskelig å kategorisere virksomheter. Som behandlet i punkt 2.1, er det eksempler på at cateringvirksomheter har blitt vurdert vidt forskjellig. Det kan også nevnes at formålet med direktivet, vern av de ansattes rettigheter, var meget sentralt i *Abler/Sodexo* og at det kan ha påvirket kategoriseringen i dette konkrete tilfellet. EF-domstolen kom til at å legge vekt på at de ansatte ikke var overtatt ville være i strid med formålet, jf også *Bårdsen* 2004 (side 146).

I *Liikenne* var Kommisjonen av en annen oppfatning enn EF-domstolen når det gjaldt å kategorisere bussdrift. Kommisjonens anførsel blir gjengitt i premiss 36. Etter Kommisjonens mening var manglede overtakelse av aktiva ikke det avgjørende, men derimot ansettelse av en vesentlig del av forgjengerens personale. EF-domstolen var ikke enig i dette, og la tilsynelatende heller ikke vekt på sjåførenes kvalifikasjoner, selv om dette også må sies å ha vært ganske vesentlig for en tilfredsstillende drift.

At dette har vært problematisk illustreres ved at det på området har kommet en ny lov. I norsk rett har lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy fått en bestemmelse som styrker sjåførenes stilling i forbindelse med anbudskonkurranser innen offentlig befordring. I yrkestransportlova § 8 annet ledd heter det:

”Reglane i arbeidsmiljøloven §§ 16-2 til 16-7, om arbeidstakarane sine rettar ved overdraging av verksemd gjeld tilsvarende når løyvet blir tildelt ved konkurranse, dersom verksemda etter konkurranse blir driven med same type transportmiddel som før.”

Kommisjonens reviderte forslag til forordning om medlemsstatenes håndtering av krav vedrørende offentlig trafikkbetjening og inngåelse av kontrakter om offentlig trafikkbetjening

har en frivillig bestemmelse for medlemsstatene om arbeidstakervern ved skifte av kontrakt om persontrafikk (COM (2002 0107) jf NOU 2004:5. Bestemmelsen åpner for å styrke de ansattes rettigheter i nasjonal rett, for eksempel innenfor bussdrift, som ellers kom ganske dårlig ut etter *Liikenne*.

Det virker som i hvert fall nyere norsk rettspraksis i større grad har kategorisert virksomhetene som blandet, som for eksempel *Olderdalen Ambulanse*, *SAS-Braathens* og Høyesteretts dom i *Bardufoss Flyservice*.¹⁵ I sammenheng med at Norge har endret seg fra et samfunn med mange industribedrifter til et samfunn med flere kunnskaps- og serviceorienterte virksomheter kan dette sees på som en naturlig utvikling.

2.3 Blandete virksomheter

Blandete virksomheter er ikke karakterisert ved noen enkelt innsatsfaktor, men kan bestå av ansatte, materielle og immaterielle aktiver som alle har betydning for virksomhetens identitet. Hvor det verken er ansatte eller spesielle aktiva som i det vesentlige karakteriserer virksomheten må det foretas en totalvurdering i henhold til *Spijkerskriteriene*. Det er ikke meningen at identitetsvurderingen skal være noe regnestykke, men en bred skjønnsmessig avgjørelse basert på en helhetsvurdering, hvor også lovens vernehensyn må tas i betraktning, jf *Fougner* 2006 (side 74). Konsekvensen av at en virksomhet blir kategorisert som blandet er at det må overtas en tilstrekkelig del av både arbeidskraft og materiell, og eventuell kundekrets, goodwill m.m.

Den første dommen i norsk rett på dette området er *Olderdalen Ambulanse*. Saken dreide seg om overføring av **ambulansetjeneste** i en kommune fra et selskap til et annet. Det ble ikke overtatt ansatte eller aktiva av betydning. Høyesterett uttaler på side 256-257 at:

”Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en tjenesteytende virksomhet i større grad være preget av selve ytelsen og dermed av de personer som utøver virksomheten. Både

¹⁵ HR-2010-00473-A, (sak nr. 2009/1618)

rengjøring og vakthold vil kunne utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler involvert i virksomheten. Slik jeg ser det, blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåfjord kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet.”

I *SAS-Braathens* kom Høyesterett frem til at såkalt ”**ground handling**” på flyplass også er en blandet virksomhet. Høyesterett uttaler i premiss 86:

”Som det fremgår av min gjennomgang av EF-domstolens praksis, har domstolen i de tilfeller hvor en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av én innsatsfaktor, ved identitetsbedømmelsen ofte lagt utslagsgivende vekt på denne. Etter min oppfatning kan imidlertid ”ground handling” -tjenester på en flyplass ikke karakteriseres ved noen enkelt faktor. Spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen, må da avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante.”

Dette ble også lagt til grunn i *Bardufoss Flyservice*. Høyesterett viser i avsnitt 62 til *SAS-Braathens* avsnitt 86. I avsnitt 63 uttaler Høyesterett at det også i denne saken må foretas en samlet bedømmelse av alle relevante faktorer.

Øvre Romerike Tingrett¹⁶ la videre til grunn at **flycatering**, som består av noe produksjon og manuelt arbeid, i tillegg til en del tjenesteyting må sees på som en blandet virksomhet.

Etter dette vil det være nærliggende å tro at svært mange virksomheter kan karakteriseres som blandete. Et eksempel er de fleste funksjoner innenfor flyplassdrift, herunder også **sikkerhetskontroll**, jf *Securicor*. Det finnes også en rekke virksomheter der kategoriseringen kan by på tvil, og det heller ikke finnes noen støtte fra rettspraksis. Et eksempel kan være sykehusdrift, mens primærhelsetjenesten må sies å være personellintensiv. Varehandel og butikk kan også falle innunder kategorien blandet virksomhet, men også her er det tvilstilfeller. Det er mange forskjellige typer butikk. Mindre spesialforretninger hvor de ansatte trenger spesialkunnskap om produktene kan tyde på personellintensiv virksomhet. Andre butikker har store varelager og dyre produkter. Et eksempel på en butikktype som ikke er lett å kategorisere er IKEA. Varelageret spenner fra små billige produkter til mer kostbare møbler og

¹⁶ Saksnummer 09085847TVI-OVRO

bad/kjøkkeninnredninger. IKEA har også begynt med selvbetjente kasser hvor kundene kan registrere og betale varene på egenhånd. Samtidig vil driften være helt avhengig av godt kvalifiserte ansatte.

3. HVOR MANGE ANSATTE SOM MÅ OVERFØRES

3.1 Vektlegging innen de forskjellige kategorier virksomhet

I Ot.prp. nr. 49 på side 257 uttales det at det kan være relevant å legge vekt på om ansatte faktisk overføres når spørsmålet om reglene kommer til anvendelse skal vurderes. Betydningen av at ansatte overtas har vært et omdiskutert spørsmål i teori og praksis, og spørsmålet er særlig aktuelt ved overføring av en kontrakt om tjenesteytelser. I hvilken grad overføring av ansatte skal vektlegges, er en del av den helhetsvurderingen som skal foretas i henhold til *Spijkerskriteriene*. Manglende overføring av ansatte utelukker heller ikke at identiteten er i behold, jf *Abler/Sodexo* premiss 37. Hvilken vekt det skal tillegges, vil avhenge av hvilken type virksomhet det er snakk om og hva som karakteriserer den. Å finne grensene innen de forskjellige kategoriene vil bli tema for den videre fremstilling.

3.2 Grensen i personellintensive virksomheter

Personellintensive virksomheter kjennetegnes ved de ansatte og deres kvalifikasjoner. Det foreligger en god del rettspraksis på området, spesielt innenfor rengjøring. *Süzen* premiss 21 kan sies å ha vært retningsgivende, jf kriteriet det må overføres ”en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del” av de ansatte. Ayse Süzen var ansatt i rengjøringsfirmaet Zehnacker, og arbeidet med rengjøring av en skole. Da Zehnacker tapte dette oppdraget mistet hun og syv av hennes kolleger arbeidet. Ingen av dem fikk ansettelse hos ny innehaver. EF-domstolen kom til at innen rengjøringsbransjen var det de ansatte som karakteriserte virksomheten, siden det ikke var aktiva av betydning. Fordi det ikke ble overtatt ansatte, kom direktivet ikke til anvendelse.

Süzen fastslår at det skal legges vekt på både antall og kvalifikasjoner. Kravet til at et betydelig antall ansatte overføres må sees i sammenheng med antall ansatte hos overdrager, og ikke behovet for nyansettelse hos erverver. Det må også sees i sammenheng med omfanget av aktiviteten som overføres, dersom overdrager fortsetter sin virksomhet med gjenværende kunder eller oppdrag. Det må være antall ansatte beskjeftiget i den aktuelle del av virksomheten eller med kontrakten som overføres, som må være utgangspunktet. *Fougner og Holo* 2006 (side 900) mener at det kan ha betydning om arbeidstakerne har spesielle kvalifikasjoner, men fraværet av dette utelukker ikke nødvendigvis at arbeidskraften karakteriserer identiteten, slik blant annet dommene om rengjøringsvirksomhet viser. Men det kan tyde på at der de ansatte ikke innehar spesielle kvalifikasjoner, kreves det at et større antall overføres for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.

I *Temco* var dette tema. Saken er parallell med *Süzen* i den forstand at det var oppdrag om rengjøring som gikk fra en virksomhet til en annen etter anbudskonkurranse. Virksomheten som tapte anbudet, GMC, hadde bare denne ene kunden, og mistet dermed sitt eksistensgrunnlag. Alle ansatte, bortsett fra fire som var beskyttet, ble sagt opp. I henhold til en nasjonal kollektiv overenskomst innenfor bransjen var erververen av kontrakten, Temco, forpliktet til å ansette 75 % av de ansatte fra GMC. I dommens premiss 26 viser EF-domstolen til premiss 21 i *Süzen*. Det slås igjen fast at i bransjer hvor aktiviteten i det vesentlige bygger på arbeidskraften, kan direktivet komme til anvendelse der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av de ansatte overføres. I dommen blir det ikke tatt direkte stilling til om 75 % av de ansatte var tilstrekkelig for at vilkåret om at en betydelig del av de ansatte må bli overført var oppfylt. I premiss 24 heter det at det må tas hensyn til alle de faktiske omstendigheter rundt overførselen og hvilken type virksomhet det er og:

” ... om den nye indehaver har overtaget størstedelen av arbejdsstyrken”.

Etter alminnelig språkbruk vil det være naturlig å forstå dette som et krav at om mer enn halvparten av de ansatte blir overført. Når da 75 % av de ansatte ble overført, uten at det var tatt stilling til deres kvalifikasjoner, må dette regnes som tilstrekkelig. Hvis det i *Temco* dreide seg om ordinære renholdsarbeidere, så er det antagelig ikke snakk om veldig høy grad av ekspertise. Så det avgjørende her må ha vært hvor mange ansatte som ble overført. Det må da på bakgrunn av denne dommen generelt legges til grunn at det kreves at mer enn halvparten av de ansatte blir overført, når det ikke kan vises til spesielle kvalifikasjoner eller ekspertise.

I *Stavanger Catering* ble det lagt vekt på både antall ansatte og deres kvalifikasjoner. Etter en anbudskonkurranse mistet Scandinavian Service Partner kontrakten om forpleiningstjenestene på Ekofisk Alpha til Stavanger Catering. Operatøren på feltet, Phillips, hadde i sin anbudsutlysning uttrykt forventning om at anbyderne fortsatt ville beskjeftige hele eller deler av det daværende personalet. Det ble gitt tilbud til 14 av 19 ansatte. De fem som ikke fikk tilbud var arbeidsledere. Arbeidsoppgavene gikk ut på renhold, kantinedrift og skift av sengetøy. Det var tidligere blitt innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen¹⁷ og Høyesterett siterer fra denne uttalelsen på side 1972:

” ... om en majoritet av de ansatte, eller ansatte med særlig ekspertise eller erfaring overtas, om kunder overføres og graden av likhet mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen.”

Det ble ikke sagt direkte i dommen at virksomheten ble karakterisert ved overdragers ansatte, men Høyesterett sa at varelager og driftsløsøre ikke utgjorde mye, slik at det hadde mindre betydningen hva som skjedde med dette. Høyesterett konkluderte med at det nettopp i denne saken ble overført en betydelig del av de ansatte med hensyn til både antall¹⁸ og kvalifikasjoner, og at det derfor måtte regnes som en virksomhetsoverdragelse. Domstolen mente at overtakelse av en høy prosent av ansatte med høy ekspertise ville tale for at virksomheten var videreført med samme kontinuitet og identitet. Motsatt, at overtakelse av ansatte hvor det ikke kreves utstrakt ekspertise, i mindre grad vil bestemme foretakets identitet.

I *Løten* var det kvalifikasjonene som stod i sentrum. Foreldre i forenings form drev en skolefritidsordning kalt Østvang Fritid i Løten kommune. Driften ble delvis finansiert ved statlig støtte, og delvis ved foreldrebetaling. På grunn av dårlig økonomi ble virksomheten nedlagt i mars 1995, og alle de ansatte ble oppsagt. Driften hadde foregått i kommunens lokaler Søsterboligen. Kommunestyret vedtok i mai samme år å opprette et nytt tilbud til seksåringer i skole og skolefritidsordning, og syv stillinger ble utlyst. Virksomheten skulle drives i de samme lokaler som Østvang Fritid hadde brukt, og det ble også overført en del løsøre og innbo fra Østvang Fritid til kommunen. Målgruppen var den samme, barnefamiliene i kommunen. Løten kommune mente de sto fritt til å ansette hvem de ville, og det ble ansatt tre personer med

¹⁷ Sak E-2/95 Eilert Eidesund mot Stavanger Catering

¹⁸ 73 % av forrige innehavers ansatte

førskolelærerutdanning som ikke tidligere hadde arbeidet i Østvang Fritid. Seks av de oppsagte i Østvang Fritid gikk til sak mot sin arbeidsgiver og Løten kommune, fordi de mente de var beskyttet av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. To av de tidligere faglærte ansatte var ikke parter i saken. Tre av saksøkerne fikk senere midlertidige stillinger i oppvekstsenteret. Høyesterett var av den mening at spørsmålet om identitet når det gjaldt en virksomhet av den art Østvang Fritid drev, først og fremst måtte knyttes til omstendighetene rundt de ansatte, og virksomhetens tilbud og aktivitet. For å avgjøre om virksomheten hadde beholdt sin identitet, måtte det foretas en sammenligning av Østvang Fritids drift, og den senere kommunale drift. Høyesterett la avgjørende vekt på de ansattes kvalifikasjoner:

”Når jeg likevel har kommet til at virksomheten ikke beholdt sin identitet ved overføringen til kommunen, har det sin årsak i at jeg legger avgjørende vekt på både de sider ved virksomheten som kan knyttes til de ansattes kvalifikasjoner, og på innholdet i det tilbud som ble gitt de barna som var omfattet av ordningen.”

I tre av stillingene ønsket kommunen faglært personell, og det ble ansatt tre førskolelærere, to av dem med videreutdanning i veiledningspedagogikk. Disse skulle arbeide med seksåringene, og dette var et ledd i et prosjekt som var startet i forkant av den generelle seksårsreformen i norsk skole. Det ble også ansatt tre personer som hadde vært ansatt i Østvang Fritid, men dette var da ikke tilstrekkelig, verken når det gjaldt kvalifikasjoner eller antall. Høyesterett kom frem til at det kommunale tilbudet skilte seg fra Østvang Fritid på en slik måte når det gjaldt de ansattes kvalifikasjoner, at identiteten ikke var i behold. Reglene om virksomhetsoverdragelse kom dermed ikke til anvendelse.

3.3 Grensen i materiellintensive virksomheter

Materiellintensive virksomheter kjennetegnes ved de fysiske aktiva som lokaler, maskiner, produksjonsutstyr osv. I slike virksomheter må det være tale om overføring av en vesentlig del av de fysiske elementer eller driftsmidler som karakteriserer virksomhetens identitet, for at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.

Eksempler fra EF-domstolen er *Liikenne* og *Abler/Sodexo*.

Selskapet Liikenne overtok driften av syv bussruter etter selskapet Hakunilan Liikenne Oy. Det ble ikke overtatt busser eller andre aktiva. 45 av Hakunilan Liikennes sjåførere ble oppsagt. 33 av dem søkte og ble ansatt i Liikenne, men på dårligere betingelser. Det ble også rekruttert 18 nye sjåførere. I premiss 42 sier EF-domstolen at i materiellintensive virksomheter kan en manglende overføring av fysiske aktiva føre til at virksomhetens identitet ikke er i behold. Selv om så mye som 33 av 45 sjåførere ble ansatt hos den nye kontraktsparten,¹⁹ ble identiteten ikke ansett for å være i behold.

I *Abler/Sodexo* var problemstillingen en litt annen. Saken gjaldt drift av kjøkkenet og en kafeteria på et sykehus. Cateringselskapet Sanrest hadde stått for driften siden 1990. Kontrakten ble sagt opp av sykehuset i 1999 og det ble inngått ny avtale med cateringselskapet Sodexo om videre drift. Sanrest sa opp alle sine ansatte, og Sodexo avviste å ta over noen av dem. Her ble altså ingen av tidligere innehavers arbeidstakere ansatt. 22 kjøkkenmedarbeidere gikk deretter til sak mot Sodexo for å få fastslått at arbeidsforholdet skulle fortsette i medhold av reglene om virksomhetsoverdragelse. Sodexo skulle drive i de samme lokaler som før, og fikk stilt til disposisjon vann, energi og større og mindre maskiner. Det ble ikke overtatt varelager, menyer, oppskrifter og lignende. I premiss 37 sier EF-domstolen:

”Det følger heraf, at den omstændighed, at den nye erhversdrivende ikke overtar en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren udførte de samme opgaver, ikke er tilstrækkelig til at udelukke, at der forligger en overførsel af en enhed, hvis identitet i henhold til direktiv 77/178 er opretholdt, inden for sådan branche som storkøkkendrift, hvor inventaret er af afgørende betydning for aktiviteten. ... En modsat betragtning ville være i strid med det, der er det vesentlige formål med direktiv 77/178, nemlig at erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsavtaler, som overdrageren har indgået med sine ansatte.”

Her la EF-domstolen vekt på formålet, og slo fast at det ikke hadde betydning at det ikke var tatt over ansatte fra Sanrest, så lenge lokaler og utstyr var det samme, og dette var det vesentligste for driften.

Når det gjelder betydningen av at virksomheten blir karakterisert som materiellintensiv uttaler

¹⁹ Ca. 73 %

Fougner og Holo 2006 (side 892) at det er avgjørende at de materielle aktiva som karakteriserer virksomheten blir overtatt. En omfattende overtakelse av arbeidstakere vil ikke kunne oppveie for manglende overtakelse av de karakteriserende materielle aktiva. Dette viser de to dommene helt tydelig. I *Abler/Sodexho* foregikk all aktivitet i samme lokaler og med samme utstyr. Ny innehaver måtte drive herfra. At virksomheten ble karakterisert som materiellintensiv ble derfor en fordel for de ansatte. I *Liikenne* ble utfallet motsatt. Siden bussene ikke ble overtatt, hjalp det ikke at en betydelig del av arbeidstakerne ble ansatt hos den nye innehaver. Om virksomheten kan karakteriseres som materiellintensiv kan slå begge veier for de ansatte, og nettopp formålet med direktivet, å beskytte de ansattes rettigheter ved eierskifte slo igjennom i *Abler/Sodexho*. *Bårdsen* 2004 (side 146) kommenterer det slik:

”Dette er derimot den første avgjørelsen hvor EF-domstolen har konkludert med at det foreligger en virksomhetsoverdragelse til tross for at ingen ansatte er overtatt

I grensetilfelle kommer direktivets formål inn med full styrke. Det var nok av betydning for resultatet at Sodexho hadde gitt klart uttrykk for at de absolutt ikke ønsket å overta Sanrests ansatte. Hvis Sodexhos beslutning om ikke å ville overta ansatte skulle være avgjørende for om direktivet fikk anvendelse, ville direktivets formål ikke oppfylles.”

3.4 Grensen i blandete virksomheter

Blandete virksomheter kjennetegnes ikke ved noen enkelt innsatsfaktor, men kan bestå av ansatte, fysiske aktiver og goodwill. Det må foretas en helhetsvurdering av hvorvidt en tilstrekkelig andel av de enkelte innsatsfaktorer er overdratt for å avgjøre om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse.

Et eksempel er *Olderdalen Ambulanse*. Ambulansedriften i Kåfjord kommune hadde vært utført av Kåfjord Ambulanseservice AS. Selskapet sa opp avtalen med fylkeskommunen av økonomiske grunner. Driften ble lyst ledig, og den ble tildelt Olderdalen Ambulanse AS som hadde krevd lavere driftstilskudd. De tre ansatte ambulansesjåførene i Kåfjord Ambulanseservice fikk tilbud om ansettelse i Olderdalen Ambulanse, på det vilkår at de ikke fagorganiserte seg. Dette vilkåret aksepterte ikke ambulansesjåførene, og Olderdalen Ambulanse ansatte tre andre isteden. De tre gikk deretter til sak mot Olderdalen Ambulanse, og krevde seg ansatt under henvisning til bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i

arbeidsmiljøloven. Høyesterett vurderte i henhold til praksis fra EF-domstolen hva slags virksomhet man stod overfor. Konklusjonen var at virksomheten var karakterisert både ved de ansatte og deres ekspertise, og driftsmidlene i form av ambulansene. Høyesterett konkluderte deretter med at siden verken ansatte eller ambulanser ble overtatt, hadde virksomheten ikke beholdt sin identitet, og reglene om virksomhetsoverdragelsen kom ikke til anvendelse.

Neste virksomhet som ble kategorisert som blandet var såkalt ”ground handling” på flyplass. I *SAS-Braathens* ble det overført både ansatte og utstyr. SAS kjøpte Braathens i desember 2001 og Braathens bakketjenester (”ground handling”) ble lagt ned i 2002. Tjenesten ble deretter overført til SAS. Spørsmålet var om arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse. Høyesterett konkluderer i premiss 86 med at ”ground handling” ikke karakteriseres ved en enkelt faktor. I motsetning til *Olderdalen Ambulanse* ble det her overtatt både ansatte og utstyr. Høyesterett hadde i *Olderdalen Ambulanse* ikke trengt å ta stilling til hvor mange ansatte og hvor mye utstyr som måtte ha vært overført for at det skulle vært en virksomhetsoverdragelse. I *SAS-Braathens* måtte derimot Høyesterett foreta en samlet vurdering i henhold til *Spijerskriteriene*. Høyesterett la vekt på at tjenestens art var fullt ut den samme, og at virksomheten betjente samme kundekrets, fortsatte i samme lokaler og med samme infrastruktur. Det ble også lagt vekt på at det ble overtatt utstyr for betydelige verdier, selv om dette utgjorde bare ca. 25 % i verdi av det totale utstyret Braathens hadde benyttet. Til slutt la Høyesterett vekt på at det var blitt overført en ”ikke ubetydelig andel” ansatte fra Braathens til SAS. Det dreide seg om 265 ansatte fordelt på ca. 200 årsverk, av totalt 1130 ansatte fordelt på ca. 1066 årsverk. Prosentvis ble antall ansatte som ble overført ca. 23 %. For identitetsvurderingen må det være antall ansatte som overføres og ikke antall årsverk som har betydning. Vernet må være likt for alle ansatte, uavhengig om det er snakk om hel- eller deltidstillinger. Høyesterett kom etter en samlet vurdering til at identiteten var i behold, og at bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse.

Det ble ikke tatt stilling til de ansattes kvalifikasjoner i dommen og det ble heller ikke overført så veldig mange ansatte. Det er blitt drøftet om terskelen er blitt lagt lavere i denne dommen enn det tidligere rettspraksis fra EF-domstolen skulle tilsi. *Fougner og Holo* (side 899) uttaler:

”Høyesterett begrunner i SAS-saken ikke hvorfor det, når det er flere relevante innsatsfaktorer, anses tilstrekkelig til å bli tillagt vekt, at andelen av de ansatte utgjør en ”ikke ubetydelig andel”. Det er grunn til å betrakte dette som en utvidelse av

virkeområdet for reglene, vurdert i forhold til de kriterier som var anerkjent på grunnlag av tidligere rettspraksis fra EF- og EFTA- domstolene.”

Videre (side 900):

”Når enhetens identitet karakteriseres av flere innsatsfaktorer, og arbeidskraften er en av dem, viser SAS-dommen at Høyesterett senker terskelen til ”en ikke ubetydelig andel” av de ansatte.”

Moland 2009 (side 83) mener også at Høyesterett i *SAS-Braathens* la terskelen for hva som må overføres relativt lavt i forhold til tidligere praksis i EF-domstolen, når man også tar i betraktning at de ansattes kompetanse ikke ble vurdert (side 84).

I to andre saker har det blitt lagt mer vekt på antall ansatte og deres kvalifikasjoner, *Bardufoss Flyservice og Rasmussen*.²⁰ *Bardufoss Flyservice* gjaldt også ”ground handling”.²¹ I 2007 tapte SAS forsvarets anbudskonkurranse om transport av forsvarspersonell på ruten Bardufoss-Oslo til Norwegian. Bakketjenesten hadde vært utført av SAS datterselskap Scandinavian Ground Service (SGS), men SGS tapte anbudskonkurransen om disse tjenestene til Røros Flyservice AS, som opprettet datterselskapet Bardufoss Flyservice AS. Høyesterett la til grunn det samme som i *SAS-Braathens*, det at ”ground handling” -tjenester på en flyplass ikke kunne karakteriseres ved noen enkelt faktor, men at det måtte foretas en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante, jf avsnitt 62. Retten la også i sin helhetsvurdering vekt på at tjenestens art var den samme, og at virksomheten ble drevet i de samme lokaler og med samme infrastruktur. Det ble ikke overtatt utstyr, men det ble lagt vekt på at selskapets eget utstyr bare var en mindre del av det totale fysiske rammeverket som produksjon av bakketjenester forutsatte (avsnitt 67). Høyesterett mente også at det høye antallet ansatte som kom fra SGS, talte for at identitetskravet var oppfylt. I prosent utgjorde det 70 % av de opprinnelig ansatte i SGS. Dette var betydelig mer enn det som var tilfellet i *SAS-Braathens* hvor det ble overført ca. 23 % av de ansatte. Identitetskravet²² må sees i

²⁰ Sak E-2/04 Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman mot Total E&P Norge AS

²¹ De ansatte i SGS var omfattet av virksomhetsoverdragelsen i *SAS-saken*.

²² Jf *Spijkers, Süzen, Temco* – det må overføres en betydelig del av forgjengerens ansatte.

sammenheng med hvor stor del av overdragerens opprinnelige ansatte som blir overført og ikke erververnes behov for nyansatte.

Bardufoss Flyservice argumenterte med at de stilte lavere krav til kvalifikasjoner enn det SGS hadde gjort, men dette ble ikke tillagt vekt. I Hålogaland Lagmannsrett bemerker flertallet²³ at de er enige i at drift av bakketjenester ikke krever ekstraordinær ekspertise, men når så mange fra SGS ble ansatt i konkurranse med andre søkere, var det nettopp på grunn av deres kunnskaper og erfaringer. Det ble lagt betydelig vekt på dette momentet i identitetsvurderingen. I ankesaken foretar Høyesterett en sammenligning med *Løten* i premiss 75, hvor endring av kvalifikasjonskrav fikk betydning for identitetsvurderingen. Retten slår fast at i den forliggende sak er det ikke påvist noen slik endring i kvalifikasjonskravene som skulle tilsi at identiteten ikke er i behold.

Tilsvarende betraktninger finnes i *Rasmussen*, hvor temaet var de ansattes ekspertise, og nødvendig utstyr for å utføre arbeidsoppgavene. Saken gjaldt outsourcing av vedlikeholds- og støttefunksjoner på et permanent plassert offshoreanlegg i Nordsjøen. Samtlige 14 ansatte som arbeidet med dette ble overført. Operatøren beholdt eiendomsretten til nødvendig verktøy og instrumenter. Dette utstyret ble fortsatt benyttet av de ansatte etter overføringen til det nye selskapet. Om betydningen av overføring av ansatte sier EFTA-domstolen i premiss 40:

”Ett av de momentene den nasjonale domstolen må ta i betraktning når den avgjør om foretak, bedrifter, eller deler av bedrifter er overført, er om erververen har ansatt overførerens ansatte. Dersom arbeidet ikke krever noen spesiell ekspertise eller erfaring, er overtakelsen av personell i mindre grad en indikasjon på foretakets identitet. På den annen side kan ansettelse av personell, der en høy andel av de ansatte overtas, og der den tidligere virksomheten kjennetegnes ved at de ansatte har et høyt kompetansenivå, støtte den konklusjon at virksomheten utgjør en enhet og at den er videreført.”

I premiss 43 tar EFTA-domstolen stilling til betydningen av hvem som eier utstyret. Domstolen utelukker ikke at direktivet kan komme til anvendelse selv om eiendomsretten til nødvendig

²³ Sak LH 2009-47629. Saken var anket og Høyesteretts dom kom 16.03.2010. Enkelte avsnitt fra Lagmannsrettens dom vil bli behandlet. I denne dommen var det dissens 4-1

utstyr som benyttes før og etter transaksjonen ikke overføres. I begge disse sakene ble det konkludert med at reglene om virksomhetsoverdragelse kan komme til anvendelse der det sentrale moment var at en betydelig andel av de ansatte ble overført, og at disse arbeidstakerne var høyt kvalifiserte. At eiendomsretten til nødvendig utstyr ikke ble overført var uten betydning.

3.5 Oppsummering

Spørsmålet er om det etter dette kan oppstilles noen klare grenser i hver kategori.

Det enkleste er i **materiellintensive virksomheter**, hvor det er uten betydning at det overføres ansatte, jf *Abler/Sodexo* premiss 37. EF-domstolen fastslår at direktivet kan komme til anvendelse selv om det ikke overføres ansatte, dersom inventaret er av avgjørende betydning for aktiviteten. I NOU 2004:5 (side 366) viser et mindretall i Arbeidslivslovutvalget til avgjørelsen i *Abler/Sodexo*, hvor EF-domstolen uttaler at det vil være i strid med formålet å legge vekt på om ansatte overføres eller ikke. Også før EF-domstolens dom i *Abler* saken ble det antatt å være i strid med direktivets formål å legge vekt på overføring av ansatte.

I **personellintensive virksomheter** er kriteriet at det må overføres et betydelig antall av overdragers ansatte, og det er også oppstilt et kvalifikasjonskrav.²⁴ Når det gjelder antall ansatte som må overføres der det ikke kan vises til spesielle kvalifikasjoner²⁵ er *Temco* retningsgivende. Kravet er at størstedelen av arbeidsstyrken må overføres, altså mer enn 50 %. Kvalifikasjonskravet virker ikke å ha hatt spesiell betydning i rengjøringsdommene. Spørsmålet er derfor om kvalifikasjonskravet har hatt større betydning i andre virksomheter.

I *Stavanger Catering* ble de ansattes kvalifikasjoner fremhevet. Arbeidsoppgavene som bestod av kantinedrift, rengjøring og skift av sengetøy virker i utgangspunktet ikke som oppgaver som krever høy grad av ekspertise. Men virksomheter offshore krever en del tilleggskvalifikasjoner, blant annet innen sikkerhet, noe som kan ha hevet kravet til kvalifikasjoner. Det ble prosentvis

²⁴ *Süzen* premiss 21

²⁵ For eksempel rengjøringsbransjen

overført like mange ansatte i *Stavanger Catering* som i *Temco*. Det tilsier at antallet i seg selv skulle vært tilstrekkelig til at identiteten var i behold.

Det finnes mindre rettspraksis der de ansattes kvalifikasjoner er det vesentligste, men et eksempel er *Løten*. Denne saken skiller seg ut ved at det ikke er snakk om overføring av et visst antall ansatte med høy kompetanse. Kommunen ønsket å utvide tilbudet til seksåringene, og i de tre stillingene kommunen ønsket faglært personale, ble det rekruttert andre enn de som hadde arbeidet i Østvang Fritid. At tre ufaglærte fra Østvang Fritid senere fikk midlertidig ansettelse i oppvekstsenteret var ikke tilstrekkelig til å vurdere identitetsspørsmålet annerledes. Kvalifikasjonskravet fikk her selvstendig betydning. Det ble ikke vektlagt at tidligere ansatte fra Østvang fritid ble rekruttert, det var det endrede tilbudet og økte kvalifikasjonskrav som ble avgjørende for identitetsspørsmålet. Dette kan virke noe strengt. Kjernen i den gamle virksomheten var tilbud til småskolebarn. For drift av skolefritidsordningen må de tidligere ansatte i Østvang Fritid sies å ha vært godt kvalifisert. Kommunen ønsket å utvide tilbudet, men kjernen i virksomheten var likevel i behold. En styrking av de ansatte som kom fra Østvang Fritid med noen ekstra faglærte, burde vært tilstrekkelig til å ivareta kommunens ønske om å utvide tilbudet til seksåringene.

Konklusjonen må bli at det kreves at mer enn halvparten av overdragers tidligere ansatte må overføres i personellintensive virksomheter, og at hvis det er tilfellet vil kvalifikasjonskravet ikke nødvendigvis få selvstendig betydning. Kvalifikasjonskravet kan derimot få selvstendig betydning der nye krav er med på å endre virksomhetens karakter. Økte eller endrede kvalifikasjonskrav kan medføre at identiteten ikke ansees for å være i behold. Kvalifikasjonskravet kan derfor slå begge veier for de ansatte.

Grensen i **blandete virksomheter** kan være vanskeligere å finne. Både i *Bardufoss Flyservice* og *Rasmussen* ble det overtatt et betydelig antall arbeidstakere, som etter rettens vurdering også hadde en høy grad av kunnskaper og erfaring. I begge tilfeller ble eiendomsretten til nødvendig utstyr tilhørende tredjepart ikke overført, men dette ble ikke tillagt vekt. Det avgjørende er om utstyret som blir brukt preger virksomhetens identitet, ikke hvem som eier det.²⁶ I begge disse

²⁶ Mange dommer likestiller bruk av tredjemanns utstyr med overføring av utstyr, jf *Abler/Sodexo*, *Securicor*, *Rasmussen* og *Bardufoss Flyservice*. Dette ble også gjort i *SAS-Braathens*, men i her ble det i tillegg vektlagt at noe av overdragers utstyr ble overført. Det kan tyde på at det ikke er helt samsvar mellom *SAS-Braathens* og de

sakene ville overføringen av ansatte i seg selv vært tilstrekkelig dersom virksomheten hadde vært kategorisert som personellintensiv. Men her måtte også andre momenter trekkes inn i vurderingen, og bruk av tredjemanns lokaler og utstyr var tilstrekkelig til at identiteten var i behold.²⁷

I *SAS-Braathens* lå antallet ansatte som ble overtatt i prosent²⁸ godt under det tidligere krav om at størstedelen av arbeidsstyrken må overtas jf *Spijkers*, eller ”en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken” jf *Temco* og *Süzen*. De ansattes kvalifikasjoner ble heller ikke drøftet.

Spørsmålet er om Høyesterett i *SAS-Braathens* har utvidet virkeområdet for reglene. *Spijkers* gir anvisning på at det må foretas en helhetsvurdering, hvor det også må tas hensyn til om størstedelen av arbeidsstyrken blir overtatt, uten at dette kravet blir knyttet til noen spesiell type virksomhet. Praksis fra EF-domstolen i *Süzen* og *Temco*²⁹ samt *Abler/Sodexho* og *Liikenne*,³⁰ viser også at kravet til at størstedelen av arbeidsstyrken må overføres er blitt videreutviklet. Nå henger dette kravet sammen med type virksomhet, og hvilken innsatsfaktor som karakteriserer den. Det er det som karakteriserer virksomheten det må overføres en betydelig del av, ikke nødvendigvis ansatte. Så selv om et av *Spijkers*kriteriene er at størstedelen av arbeidsstyrken må overtas, er ikke dette lenger et ubetinget krav. Det viser for eksempel *Abler/Sodexho*, hvor det ble konstatert virksomhetsoverdragelse selv om ingen ansatte ble overført. I *Abler/Sodexho*, *Liikenne* og rengjøringsdommene ga EF-domstolen klart uttrykk for hvilken virksomhet det var tale om, mens det i andre dommer ikke kommer like godt frem. I *Olderdalen Ambulanse* viser Høyesterett til EF-domstolens kategorisering av personell- og materiellintensive virksomheter, og kom ut fra disse til at ambulansedrift lå midt i mellom. Dette er senere fulgt opp i ”ground handling” dommene. Kategorien blandet

andre. Dommen tilsier at det må gå et skille mellom bruk av tredjemanns utstyr, og overføring av det utstyret som eies av virksomhetene selv. I situasjoner hvor også bruk av tredjemanns utstyr er en faktor, vil en overføring av overdragers utstyr ikke være avgjørende, men ytterligere forsterke at identiteten er i behold.

²⁷ At det var samme infrastruktur ble også vektlagt i *Bardufoss Flyservice*.

²⁸ Ca. 23 %

²⁹ Personellintensive

³⁰ Materiellintensive

virksomhet (og grensene) er dermed ikke skapt av EF-domstolen,³¹ men er en mer avledet kategori som har fått betydning i norsk rett. I *SAS-Braathens* la Høyesterett la vekt på at en ”ikke ubetydelig del” av de ansatte ble overført. Det kan sies at det innebærer en senket terskel rent språklig, men sett i sammenheng med *Abler/Sodexo* likevel i tråd med praksis fra EF-domstolen. Dommen viser også at antall ansatte som overføres må sees i sammenheng med hvor mye som overføres av de andre relevante faktorene som materielle aktiva, kundekrets og infrastruktur. Dette går også igjen i *Bardufoss Flyservice*, hvor det ikke ble overført utstyr, men 70 % godt kvalifiserte ansatte. Som tolkningsfaktor for senere rettsavgjørelser i Norge kan avgjørelsen i *SAS-Braathens* likevel få betydning ved at det ble vektlagt at under 25 % av de ansatte ble overført.

4. FREMGANGSMÅTEN VED REKRUTTERING

4.1 Betydningen av at stillinger lyses ut

I en del dommer er det blitt trukket frem at alle stillingene har vært lyst ut, og at det har vært konkurranse om stillingene på like vilkår. Dette er i varierende grad blitt vektlagt.

I *Liikenne* anfører busselskapet Liikenne i premiss 16 at sjåførene ble ansatt hos dem etter søknad, og at Liikenne for øvrig kunne ha ansatt en hvilken som helst arbeidstaker, som hadde de nødvendige tillatelser. EF-domstolen tok ikke stilling til anførselen.

I *Eidesund - Stavanger Catering* vurderer EFTA-domstolen betydningen av utlyste stillinger på denne måten i avsnitt 44:

³¹ I *Securicor* var temaet samme bruk av utstyr. Det ble også overført en del ansatte. EF-domstolen tar ikke stilling til type kategori, men virksomheten kan tolkes som blandet. *Rasmussen* (EFTA-domstolen) la vekt på samme bruk av utstyr i tillegg til overføring av ansatte med høy grad av ekspertise. Dette kan også tolkes som blandet virksomhet.

”Det kan også være et vurderingstema om overtakelsen av ansatte er begrunnet i et ønske om å fortsette i samme virksomhet som tidligere, eller bare er uttrykk for en hensiktsmessig måte for den nye tjenesteyter til å dekke sitt økte behov for arbeidskraft for å oppfylle den nye kontrakt. I forbindelse med dette kan det tale for det første alternativet dersom overtakelsen av arbeidstakere er et vilkår for overdragelsen, mens en utlysning av ledige stillinger på den nye arbeidsgivers vilkår, der alle søkere stiller likt, kan tale for det andre alternativet. Av denne grunn kan fremgangsmåten og grunnlaget for overtakelsen av ansatte være av betydning for den totalvurdering som skal foretas.”

I *Løten* ble det lagt vekt på at kommunen anså seg fri til å ansette hvem de ville, og at de utlyste stillingene til dels hadde andre krav til kvalifikasjoner enn det de ansatte fra Østvang Fritid hadde.

I *Bardufoss Flyservice* var Lagmannsretten enig i at bakgrunnen for at de fleste av arbeidstakerne ”fulgte med” var av interesse, og det ble vist til EFTA-domstolens uttalelser i *Eidesund-Stavanger Catering*. Domstolen uttaler videre:

”I vår sak er det gjennomført en slik ordinær ansettelsesrunde ... men samtidig er det et poeng at 80 % av personellet ble besatt av personer med erfaring fra tilsvarende virksomhet, dvs. SGS. Slik flertallet ser det er det meget sannsynlig at det nettopp var deres kunnskap og erfaring som var hovedårsaken til at disse ble ansatt i konkurranse med andre søkere. Det anses derfor riktig å legge betydelig vekt på dette momentet i helhetsvurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet.”

Retten ser her ut til å ha sett på realiteten i ansettelsene. Det var ikke bare en hensiktsmessig måte å dekke sitt økte behov for arbeidskraft på, jf EFTA-domstolens uttalelse i *Eidesund-Stavanger Catering*, men et reelt behov for de SGS ansattes kompetanse. Høyesteretts dom i samme sak går lenger i premiss 68:

”Så mye som 70 % av de ansatte i SGS fikk tilsetting i Bardufoss Flyservice AS. Det kan ikke her spille noen avgjørende rolle at dette er resultatet av en åpen tilsettingsprosess. Dersom bruk av åpne prosesser skulle gjøre det irrelevant ved

identitetsvurderingen å legge vekt på hvor mange tidligere ansatte man har tatt inn, ville det være lett å omgå regelverket og sette bestemmelsens sosiale formål til side.”

I *Liikenne*, *Eidesund-Stavanger Catering* og *Løten* blir det fra domstolenes side gitt uttrykk for at det vil være relevant å legge vekt på bakgrunnen for ansettelsene og om stillingene blir lyst ut. Lagmannsretten i *Bardufoss Flyservice* var enig i dette, men vektla det likevel ikke i sin totalvurdering. Retten la derimot vekt på de ansattes kunnskap og erfaring som et betydelig moment i identitetsvurderingen. Høyesteretts avgjørelse i samme sak bryter med EFTA-domstolens uttalelse i *Eidesund-Stavanger Catering*.³² I norsk rett må det for fremtiden likevel sies å ha kommet en dom som nedtoner betydningen av at stillinger blir lyst ut.

4.2 Betydningen av ulovlige vilkår

I noen tilfeller har spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse vært preget av ulovlige eller ugyldige vilkår. I hvilken grad dette er blitt vektlagt er noe forskjellig. Sakene innholdsmessig skiller seg også ganske mye fra hverandre.

I *Merckx*³³ gjaldt det overføring av forhandlerrett for bilsalg. Ford Motors Company Belgium avsluttet forhandleravtalen med Anfo Motors og opprettet ny avtale med Novarobel om retten til å forhandle bilmerket Ford. Det opprinnelige selskapet ble nedlagt og de fleste ansatte ble sagt opp. 14 av opprinnelig 64 ansatte ble overført til det nye selskapet i henhold til en nasjonal tariffavtale. Artikkel 4 nr. 1 i direktivet setter forbud mot oppsigelser som direkte følge av virksomhetsoverdragelse, slik det også er implementert i arbeidsmiljøloven § 16-4. EF-domstolen uttaler i premiss 26 når det gjelder overholdelse av direktivets artikkel 4 nr. 1:

”For det andet gaelder det under alle omstaendigheder, at en eventuel tilsidesaettelse af denne bestemmelse ikke kan indebaere, at der ikke foreligger en overfoersel i den direktivet forudsatte betydning.”

³² Jf premiss 44.

³³ Sak C-171/94 og C-172/94 Albert Merckx og Patrik Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA.

Hvis oppsigelser er i strid med dette forbudet, og dette har forårsaket at en tilstrekkelig andel av arbeidstakerne ikke er overtatt, skal de oppsagte medregnes, se også *Fougner og Holo* 2006 (side 900). I denne saken ble det etter en helhetsvurdering konstatert virksomhetsoverdragelse, hvor også dette momentet fikk betydning.

I *Olderdalen Ambulanse* fikk de tre sjåførene fra Kåfjord Ambulanseservice tilbud om ansettelse i Olderdalen Ambulanse, forutsatt at de ikke fagorganiserte seg. Dette ble ikke akseptert, og Olderdalen Ambulanse ansatte tre andre sjåførere. Høyesterett fastslo for det første at identitetsvurderingen måtte foretas ut fra situasjonen slik den ble, hvor det ikke ble overført ansatte eller aktiva. Høyesterett mente likevel at det var urettmessig av Olderdalen Ambulanse å sette som vilkår for ansettelsen at de ikke organiserte seg, men at det ikke var inngått noen bindende arbeidsavtale fordi sjåførene ikke aksepterte tilbudet. Det ulovlige vilkåret ble derfor ikke tillagt vekt i spørsmålet om dette var en virksomhetsoverdragelse og det ble kun et spørsmål om erstatning.

Saken i Øvre Romerike Tingrett³⁴ gjaldt overgang av kontrakten om levering av flycatering til SAS. Gate Gourmet Norge AS vant kontrakten fra LSG Sky Chefs AS i mai 2009. Gate Gourmet og fagforeningene i LSG forsøkte å bli enige om en rekrutteringsavtale. Forutsetningen for å bli prioritert for ansettelse i Gate Gourmet var at de tre fagforeningene i LSG måtte fraskrive seg retten til å gå til søksmål for å hevde at dette var virksomhetsoverdragelse på vegne av sine medlemmer. Det ble inngått en slik avtale med den ene foreningen. De to andre foreningenes medlemmer ønsket ikke å inngå en slik avtale. Gate Gourmet ville deretter ikke ansette for mange fra LSG for ikke ”å utfordre” reglene om virksomhetsoverdragelse. På grunn av rekrutteringsavtalen med den ene foreningen ble de to andre foreningenes medlemmer spurt om fagforeningstilhørighet i ansettelsesintervju i strid med arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd. Kun et fåtall av disse ble ansatt. Dette ble ikke vektlagt i spørsmålet om virksomhetsoverdragelse, det ble bare et spørsmål om oppreisning.

Dissen sakene skille seg fra hverandre på den måten at i *Merckx* var det et spørsmål om hvordan brudd på oppsigelsesvernet i artikkel 4 nr. 1 fikk betydning for vurderingen om dette var en virksomhetsoverdragelse. I de to andre sakene³⁵ var spørsmålet om ulovlige vilkår under

³⁴ Saksnummer 09085847TVI-OVRO

³⁵ *Olderdalen Ambulanse* og Øvre Romerike Tingrett

rekrutteringsprosessen fikk betydning. I *Merckx* ble det fastslått at brudd på reglene medførte at ulovlig oppsagte skulle regnes med. I *Olderdalen Ambulanse* sa Høyesterett at så lenge det ikke var inngått bindende ansettelsesavtale, så ble de ansatte ikke regnet med, selv om det var ulovlig å forlange at sjåførene ikke skulle fagorganisere seg. På den måten ser det ut til å være et skille mellom brudd på oppsigelsesbestemmelsene og hva som eventuelt skjer under en rekrutteringsprosess.

5. OMGÅELSESPØRSMÅLET

5.1 Innledning

I de tilfeller der det bare er en aktivitet som overføres fra en innehaver til en annen, vil utgangspunktet være at reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kommer til anvendelse. Dette går blant annet fram av *Sützen* premiss 15, som sier at det at en tjenesteytelse som utføres av den gamle og den nye ordremottaker er den samme, ikke i seg selv er tilstrekkelig til at det er snakk om overføring av en økonomisk enhet. Hvis arbeidsgiveren som overtar aktiviteten står fritt til å velge hva som skal tas med av ansatte og aktiva, åpner det for en mulighet til å tilpasse seg for å unngå virksomhetsoverdragelse. Problemet har fått mye oppmerksomhet i juridisk teori, mens domstolene har vært forsiktige med å konstatere en bevisst omgåelseshensikt. Men de vernehensyn som ligger bak loven mister mye av sin effekt hvis arbeidsgiverne selv kan velge om det skal være virksomhetsoverdragelse eller ikke. Også forarbeidene til 2005 arbeidsmiljøloven (NOU 2004:5 side 366) har drøftet dette, og noe av bakgrunnen er Høyesteretts uttalelser i *Olderdalen Ambulanse*:

”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse hadde forholdt seg annerledes.

Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for

øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved de valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.”

Arbeidslivslovutvalget³⁶ mener konsekvensen av dette er at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres. Spørsmålet har vært særlig aktuelt i personellintensive virksomheter, og utvalget mener at de ansatte, for eksempel i renholds- og sikringsbransjene, som taper en anbudskonkurranse, risikerer at de ikke blir ansatt hos den nye innehaver, utelukkende fordi en ansettelse av et flertall av disse arbeidstakerne kan medføre at reglene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse.

Ut fra den relativt omfattende rettspraksis på området, kan det tyde på at mange arbeidsgivere foretrekker å stå fritt, og ikke ønsker virksomhetsoverdragelse. En viktig grunn til ikke å ville ta over den tidligere virksomhetens ansatte er konkurransehensyn. For å få et anbud er det ofte nødvendig å legge inn en lavere pris enn konkurrentene. En viktig prisfaktor i anbudet vil være de ansattes lønnsnivå. Ligger dette høyt hos konkurrenten, vil det være lite attraktivt å overta de ansatte med deres opparbeidede rettigheter. Problemet illustreres i *Bardufoss Flyservice* der arbeidsgiver (Bardufoss Flyservice AS) anfører at det vil være umulig å konkurrere dersom de må overta tidligere fastsatte lønns- og arbeidsvilkår.³⁷ Til dette bemerker Høyesterett i avsnitt 79:

”Jeg bemerker avslutningsvis at konkurransehensyn ikke har noen plass ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. ... Det er etter min oppfatning etter dette sikker rett at det ved konkurranse om kontrakter ikke kan gjøres unntak fra arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse med den begrunnelse at dette vil svekke potensielle leverandørers incitament til å konkurrere. Dette vil være i strid med reglenes klart uttalte sosiale formål.”

Et annet motiv for ikke å ville ta over ansatte etter bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse er å beskytte egne ansatte. At det kommer inn ansatte fra en annen virksomhet med lang

³⁶ I NOU 2004:5 side 365

³⁷ Konkurransehensyn var også tema i *Liikenne*, men det ble avvist å legge vekt på dette av EF-domstolen, jf premiss 22 og 23.

ansiennitet og høy lønn kan være et problem for de opprinnelig ansatte. Ofte vil det som følge av en sammenslåing av to virksomheter bli behov for rasjonalisering og nedbemanning, og dette kan ramme ansatte i den overtakende virksomhet. Ofte vil utvelgelsen i en nedbemanningsprosess ta utgangspunkt i ansiennitet. En gjennomgående høy ansiennitet i den overtatte virksomhet kan tilsi at disse får være igjen på bekostning av de ansatte som var der fra før. Problemet blir illustrert i *SAS- Braathens. Fougner* 2006 (side 67) kommenterer det slik:

”Samtidig gikk det frem av styrereferatene fra SAS-konsernet at de tillitsvalgte i SAS gjorde det klart at det kunne bli ” problem og ulike former av misnøyesytringar” om SAS-ansatte i Norge ble sagt opp til fordel for Braathens-ansatte.”

Dårlig erfaring med kvaliteten på tjenesten kan også være en grunn til ikke å ville overta ansatte.

5.2 Domstolenes holdning til omgåelse

Rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolene og Høyesterett har vist at domstolene er forsiktig med å si noe direkte om at det forligger omgåelseshensikt, og at dette er et relevant moment. I *Olderdalen Ambulanse* ble det sagt ganske klart at arbeidsgivere kan påvirke resultatet ved egne disposisjoner, og retten må ta stilling til resultatet slik det ble, til tross for at det var oppstilt et ulovlig vilkår som betingelse for ansettelse.

Derimot ble det allerede i 1920-årene fastslått av Arbeidsretten at arbeidsgivere ikke kan fri seg fra sine arbeidsrettslige forpliktelser gjennom faktiske og rettslige disposisjoner, jf *Fougner* 2006 (side 68). I disse sakene var det tariffavtalens stilling som var tema, og retten uttaler i ARD 1920-21 på side 341:

”Det skulle være klart at en tariffavtales gyldighet overfor en bedrift ikke kan være avhengig av, hvilke rettslige former bedriftens innehaver finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under ... Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale, at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner som de det her gjelder.”

Dette var også tema i ARD 1936 side 36. To nyere avgjørelse om tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse er ARD 2004 side 163 og ARD sak nr. 28/2008. *Moland* 2009 mener (side 86) at Arbeidsretten la vekt på omgåelseshensikt og oppstilte en gjennomskjæringsregel der slik hensikt fantes. Hun mener også at det er naturlig å trekke en analogi fra arbeidsrettens praksis om tariffavtaler til virksomhetsoverdragelsesreglene.

Før *SAS-Braathens* har *Vågen* 2004 (side 225) en oppfatning om at det ikke finnes noen klar gjennomskjæringsregel i rettssystemet, og at domstolene ikke har tatt stilling til omgåelse. I *Olderdalen Ambulanse* uttaler Høyesterett at man ved vurderingen skal legge til grunn overdragelsen slik den faktisk ble og ikke hvordan den kunne blitt hvis Olderdalen Ambulanse hadde forholdt seg annerledes. Han mener dette kan tolkes som at domstolen selv mener at den ikke har hjemmel for gjennomskjæring, men at det imidlertid ikke er uttrykkelig vurdert.

Etter *SAS-Braathens* har *Moland* 2009 behandlet omgåelsestemaet nøye i sin artikkel i *Arbeidsrett*. Hun mener (side 89) å ha funnet at EF-domstolen i *Abler/Sodexo* og Høyesterett i *SAS-Braathens* indirekte vektlegger omgåelse ved å ha lagt til grunn en ganske lav terskel for hva som må overføres for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. I *Abler/Sodexo* var det ikke overført ansatte i det hele tatt, mens det i *SAS-Braathens* ble overført ca. 23 % av overdragerens ansatte. Videre mener hun (side 90) at det å legge en slik lavere terskel til grunn kan være en måte å vektlegge omgåelse på uten at domstolen trenger å uttale seg konkret om partenes hensikt.

Hun får til en viss grad støtte av *Fougner* 2006 (side 74/75) på bakgrunn av Høyesteretts dom i *SAS-Braathens*. *Olderdalen Ambulanse* eller prinsippet om arbeidsgivers tilpasningsadgang ble ikke kommentert i dommen. Overføringen i var splittet opp i to transaksjoner, en rammeavtale om bakketjenester og en avtale om avising som kom noe senere. Lagmannsretten hadde hatt en matematisk tilnærming til betydningen av hva som var overført. Det var talt opp enheter, og vurderingen var knyttet utelukkende til overføringstidspunktet. Lagmannsrettens lovforståelse ble tilsidesatt på disse punktene. Høyesterett fastslo at overføringen av disse tjenestene måtte sees på som en transaksjon, da avtalene både saklig og tidsmessig sto i nær sammenheng med hverandre. En arbeidsgiver kan dermed ikke omgå reglene om virksomhetsoverdragelse ved å splitte opp transaksjonen.

Bare på bakgrunn av *Abler/Sodexho* og *SAS-Braathens* kan det være vanskelig å konstatere en generell omgåelsesnorm. Det er kanskje mer naturlig å se på avgjørelsene som et resultat av formålstolkning og rimelighetsbetraktninger. Det finnes dommer som går i motsatt retning, som for eksempel *Liikenne*. Nå kom riktignok den dommen tidligere enn *Abler/Sodexho*, men premissene ser ut til å ha blitt vektlagt i senere rettspraksis også. Det kan diskuteres om resultatet i *Liikenne* var rimelig, og det kan sees i sammenheng med at det i hvert fall i norsk rett har kommet ny lovgivning på dette området.³⁸

5.3 Behovet for styrkning av lovverket

Så lenge det ikke er tilstrekkelig at bare aktiviteten overføres for at identiteten skal være i behold, kan det virke enkelt for arbeidsgivere å omgå reglene. En sterk vektlegging av om ansatte og materielle aktiva er overført i forhold til aktivitet og kundekrets vil gjøre det lettere å tilpasse seg, jf *Moland* 2009 (side 64).

5.3.1 Behovet for en gjennomskjæringsregel

I forbindelse med forberedelsene til ny arbeidsmiljølov i 2005 ble problemet rundt omgåelse drøftet i NOU 2004:5. På bakgrunn av *Olderdalen Ambulanse* vurderte Arbeidslivslovutvalget om det var behov for en gjennomskjæringsregel hvor det var grunn til å tro at manglende overtakelse av ansatte og aktiva var motivert av å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse. Mindretallet i utvalget hadde følgende særmerknad:

”I *utvalgets* fremstilling er det ikke diskutert om domstolene bør tillegge det vekt om ansatte overføres. Denne diskusjonen er helt fraværende i *utvalgets* fremstilling selv om dette for arbeidstakerne kanskje er ett av de viktigste spørsmålene i den pågående lovrevisjon. Hvilken vekt det bør tillegges om ansatte de facto overføres eller ikke, er heller ikke diskutert i ”Olderdalen ambulanse”, selv om Høyesterett mente dette var relevant de-lege lata.”

³⁸ Yrkestransportlova § 8 annet ledd.

Vågen 2004 (side 256) mener at bare en styrking av lovverket i form av en gjennomskjæringsregel kan gi de ansatte tilstrekkelig vern. Også Moland 2009 (side 65) mener at en gjennomskjæringsregel kan være aktuelt for å styrke formålet. Hvis domstolene fortsatt er tilbakeholdne med åpent å vektlegge omgåelse, blir det for enkelt for arbeidsgivere å omgå reglene hvis de ønsker det. Spesielt fordi rettspraksis har utarbeidet grenser og kriterier som arbeidsgiverne kan bruke som utgangspunkt for sine tilpasninger. Det finnes likevel ingen klar oppskrift på hvordan reglene skal omgås fordi grensene og kriteriene stadig utvikles.

Arbeidslivslovutvalget konkluderte med at den videre utvikling burde skje gjennom rettspraksis, og dette ble senere fulgt opp i Ot.prp. nr. 49 side 258-259:

”Den videre rettsutvikling bør etter departementets vurdering skje ved rettspraksis. Dette gjelder også spørsmålet om hvorvidt overtakelsen av ansatte fortsatt skal være et relevant moment i forhold til om reglene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse. Etter departementets syn bør spørsmålet om en selvstendig økonomisk enhet har beholdt sin identitet, fortsatt avgjøres på grunnlag av en konkret helhetsvurdering der alle momenter kan tas i betraktning.”

Lovgiverne har dermed i utgangspunktet ikke vært villig til å styrke vernet gjennom en gjennomskjæringsregel. Departementet uttaler her at den videre rettsutvikling bør skje ved rettspraksis, og at det også gjelder spørsmålet om hvorvidt overtakelse av ansatte fortsatt skal være et relevant moment. Det presiseres likevel at formålet, å sikre de ansattes rettigheter ved overføring til ny arbeidsgiver, vil være en sentral tolkningsfaktor. En viktig grunn til at lovgiverne er tilbakeholdne med å oppstille en gjennomskjæringsregel kan være bevisshensyn. En slik regel måtte i utgangspunktet bare ramme arbeidsgivere som hadde en bevisst omgåelseshensikt. Det kan by på bevismessige utfordringer å finne ut når en arbeidsgiver faktisk har en slik hensikt. Konklusjonen må bli at en gjennomskjæringsregel er lite aktuelt.

5.3.2 *Behovet for annen styrking av lovverket*

Et problem, hvis det er rettspraksis som skal stå for utviklingen av reglene, er tidsforløpet. Hvis en sak skal igjennom tre instanser før den er avgjort, går det flere år. Et eksempel på det er *SAS-Braathens*, hvor de Braathens ansatte tapte både i tingretten og lagmannsretten før de fikk

medhold i Høyesterett. Tingrettsdommen kom 15.10.2003, og Høyesterett avgjorde saken 31.01.2006.

Det kan derfor være behov for å styrke loven på en annen måte enn å ha en gjennomskjæringsregel. YS foreslo for eksempel i Ot.prp. nr. 49 at reglene om rettighetenes overgang utvides til å gjelde alle anbudssituasjoner. En annen mulighet er som LO foreslo i forbindelse med lovendringen i arbeidsmiljøloven i Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), at de norske reglene skulle få en videre anvendelse enn det EF-domstolen hadde lagt seg på ved tolkningen av identitetskravet. Forslaget tok sikte på at reglene skulle få anvendelse også der det ikke var ”noen økonomisk enhet” som ble overført. Departementet antok at en slik utvidelse ville innebære at reglene også kom til anvendelse der det bare var en kontrakt eller aktivitet som ble overført.

På hvilken måte lovverket skal styrkes er ikke enkelt å fastslå. Departementet mente for eksempel at LOs forslag i Ot.prp. nr. 79 ville innebære en fravikelse av grunnvilkåret om at det måtte være snakk om en overføring av virksomhet. At en overføring av aktivitet og kundekrets alene ville vært tilstrekkelig ville gjort det enkelt, men kanskje ikke like rimelig i alle tilfeller. Omfanget av aktiviteten må også spille en rolle. For en større bedrift med mange kunder vil det være naturlig med en viss utskifting av kundemassen, og ethvert tap av kontrakt, stor eller liten, kan ikke nødvendigvis medføre at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Omfanget av den overførte virksomhet har også vært tema for EF-domstolen, for eksempel i *Süzen* premiss 16, som legger vekt på at den forrige innehaver bestod fullt ut, selv om den hadde mistet en kunde.

Det finnes likevel eksempler på lovgivning på området. Som tidligere nevnt styrker bestemmelsen i yrkestransportlova § 8 annet ledd de ansattes rettigheter i forbindelse med anbudskonkurranser innen offentlig transport.

I Engelsk rett finnes lovgivning i forbindelse med virksomhetsoverdragelse i TUPE 2006.³⁹ Før en lovendring i 2006 var det en stor grad av uforutsigbarhet for arbeidstakere innen personellintensive virksomheter. Det resulterte i en særskilt bestemmelse som regulerer

³⁹ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulation 2006

overdragelse av aktiviteter innen tjenesteytende virksomheter, ("service provision changes").⁴⁰ Bestemmelsen kan for eksempel komme til anvendelse i forbindelse med outsourcing, "in-housing" og anbudsrunder, der en aktivitet går fra en innehaver over på en ny. De ansatte som primært har vært beskjeftiget med denne aktiviteten for en bestemt kunde vil være omfattet av bestemmelsen. Meningen er å styrke vernet for arbeidstakere i tjenesteytende virksomheter.

At det kan være behov for en styrking av vernet gjennom lovgivning vises også indirekte i rettspraksis. I to dommer som omhandler personellintensive virksomheter (*Temco* og *Stavanger Catering*) var det inngått avtale om overføring av ansatte. Her kom reglene om virksomhetsoverdragelse til anvendelse. Det viser at det må noe mer til enn bare overføring av aktivitet for å sikre de ansatte vern.

For arbeidstakerne vil det være gunstig med en lovendring som styrker vernet innenfor anbudssituasjoner. Men også for arbeidsgivere kan det ha fordeler i form av økt forutsigbarhet. Det blir lettere å prise anbud hvis man vet at man skal overta ansatte fra forrige innehaver. Man vil også slippe en langvarig rekrutteringsprosess og kostbar opplæring. Konsekvensene for en arbeidsgiver blir i hvert fall mye større der en virksomhetsoverdragelse blir konstatert i ettertid, etter en langvarig og kostbar rettsprosess. Rent samfunnsøkonomisk kan det også være en fordel. Man får en rask avklaring, arbeidstakerne er sikret arbeid, og saken holdes utenfor rettsapparatet.

Konklusjonen er at det er behov for en lovregel. Problemet blir å utforme en klar bestemmelse. En mulighet er å bruke yrkestransportlova § 8 som modell. Det vil si at bruk av samme type utstyr som er med på å karakterisere virksomheten medfører virksomhetsoverdragelse, uansett hvem som eier utstyret. En overføring vil ikke være nødvendig. Dette kan være aktuelt for blandete og materiellintensive virksomheter. For personellintensive virksomheter er det mer aktuelt å bruke forslaget til YS i Ot.prp. nr. 49 om at reglene skal gjelde anbudssituasjoner, men med en reservasjon for de helt små kontraktene.

⁴⁰ TUPE regulation 3(1)(b)

6. AVSLUTNING

6.1 Betydningen av at overføring av ansatte vektlegges forskjellig

Det vernet som reglene om virksomhetsoverdragelse er ment å gi ansatte, får bare full effekt i rene oppkjøpssituasjoner. Når det gjelder anbud og outsourcing er situasjonen komplisert og usikker. Ofte kan omstendigheter som verken arbeidsgivere eller arbeidstakere kontrollerer være med på å avgjøre om reglene kommer til anvendelse, som for eksempel pålagt bruk av oppdragsgivers lokaler og utstyr.

At overføring av ansatte vektlegges forskjellig i de forskjellige kategoriene virksomhet har betydning for identitetsvurderingen og stillingsvernet på litt forskjellige måter. Mye avhenger av hvilken situasjon ny arbeidsgiver er i. I situasjoner der bare en aktivitet overføres og arbeidsgiver står fritt til å velge hva som skal overtas av ansatte og materielle aktiva, er stillingsvernet like svakt innenfor alle typer virksomheter. Spesielt settes det på spissen der arbeidsgiver ikke ønsker at bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse. Da kan det planlegges hva man ønsker å ta med seg, ut fra de fastlagte kriterier i rettspraksis. Er det for eksempel snakk om overføring av en tjenesteytelse som ikke krever spesielle kvalifikasjoner, kan den nye arbeidsgiver ansette under 50 % av forrige innehavers personell, og likevel være på den sikre siden. Grensene er ikke entydig fastlagt, og utvikles stadig i rettspraksis. Men der grensene endres og terskelen senkes, vil arbeidsgiverne justere sine grenser deretter.

Der det først er relevant å vektlegge overføring av ansatte er det også et spørsmål om stillingsvernet er sterkere i en type kategori fremfor de andre. Problemstillingen kan bli aktuell der ny arbeidsgiver har vært forpliktet til å ta over noe fra forrige innehaver, for eksempel på bakgrunn av avtale eller pålagt bruk av utstyr. Det kan også være at en arbeidsgiver rent faktisk har tatt over ansatte og/eller aktiva uten å tenke over om det kan være en virksomhetsoverdragelse. Så der situasjonen er at ansatte og/eller aktiva faktisk er blitt overført, kan spørsmålet om betydningen av omfanget av ansatte som ble overført være av større interesse.

Det er kanskje ikke noen spesiell fordel å være i en **personellintensiv virksomhet** der kravet er at en betydelig del av de ansatte overføres, og at høyt kvalifiserte arbeidstakere forsterker identiteten. Da er det dette som er avgjørende, og en eventuell overføring av aktiva får ingen betydning. Det er derfor illustrerende at i to sentrale dommer på området, *Temco* og *Stavanger Catering*, ble det konstatert virksomhetsoverdragelse på grunnlag av avtale om å ta over en viss mengde ansatte.⁴¹ Uten lov eller avtale stiller de ansatte i slike virksomheter ganske svakt, spesielt hvis de ikke innehar spesiell kompetanse. Det vil ofte være mer interessant for en ny kontraktsinnehaver å forsøke å finne billigere arbeidskraft ved å rekruttere fritt.

For **materiellintensive virksomheter** vektlegges ikke overføring av ansatte. Dette er heller ikke nødvendigvis noen fordel, men kan slå begge veier. Det avgjørende er hva den nye arbeidsgiveren er nødt til å overta av aktiva, eventuelt ønsker å overta. I *Liikenne* saken var det ikke noe krav om å overta aktiva, mens i *Abler/Sodexho* var man forpliktet til å drive i oppdragsgivers lokaler og med oppdragsgivers utstyr. Dermed kom reglene til anvendelse i *Abler/Sodexho* men ikke i *Liikenne*.

I **blandete virksomheter** vektlegges overføring av ansatte som en del av en totalvurdering. Rettspraksis fra *SAS- Braathens* og *Bardufoss Flyservice* har vist at retten har vektlagt at lokaler og infrastruktur er den samme. Dette er faktorer ny arbeidsgiver ikke kan velge bort. Men dette alene var ikke tilstrekkelig til å konstatere virksomhetsoverdragelse. I *Bardufoss Flyservice* ble det vektlagt at 70 % av de ansatte i SGS ble overtatt av Bardufoss Flyservice, og at disse arbeidstakerne hadde betydelige kunnskaper og erfaring. Det ble ikke overført materielle aktiva. I *SAS-Braathens* ble det tillagt vekt at ”en ikke ubetydelig” andel ansatte ble overført, sammen med ”betydelige” verdier utstyr.

Dette viser at vernet er noe ulikt i de forskjellige kategoriene, og at det kan være en fordel for de ansatte at virksomheten blir kategorisert som blandet. Innenfor personell- og materiellintensive virksomheter er grensene i større grad klare, og dermed er det lettere å unngå virksomhetsoverdragelse hvis det ikke er ønsket av ny arbeidsgiver. Men igjen avhenger det av ny arbeidsgivers mulighet til å velge fritt. I blandete virksomheter må det foretas en helhetsvurdering. Høyesteretts vektlegging av at ”en ikke ubetydelig del” av de ansatte ble overført i *SAS-Braathens*, tilsier at selv en overføring av ansatte som er mindre enn halvparten

⁴¹ I begge sakene ble det overtatt ca. 75 % av de ansatte på bakgrunn av avtale.

kan få betydning. Konsekvensen av dette kan være at ny arbeidsgiver vil bli enda mer forsiktig med å ta over ansatte og aktiva, så langt dette kan kontrolleres.

Ut fra et arbeidstakersynspunkt er det dermed ingen ubetinget fordel at overføring av ansatte vektlegges, og at det finnes grenser utviklet gjennom rettspraksis. For ansatte i virksomheter som er avhengig av kontrakter som settes ut på anbud er situasjonen usikker og uforutsigbar. Reglene som er ment å gi ansatte vern ved skifte av arbeidsgiver kan da virke mot sin hensikt, fordi arbeidsgiveren selv kan velge om de skal komme til anvendelse. Problemet er nå velkjent for domstoler og lovgiver. Avklaring gjennom rettspraksis tar lang tid, og det er derfor på sin plass med en lovendring.

7. LITTERATURLISTE

Forfattere

- Allstrin m.fl. 2008 Allstrin Tor, Brandshaug Dale Gry, Østensvig Jon; *Endring og opphør av arbeidsforhold*, 2008 Kommuneforlaget AS, Oslo
- Borgerud 2010 Borgerud Ingeborg Moen: *Kommentarer til kapittel 16 i arbeidsmiljøloven i "Rettsdata.no"* sitert 21.01.2010.
- Borgerud m.fl. 2007 Borgerud Ingeborg Moen, Due Anne Marie, Nordaas Ragnhild og Næss Mona: *Arbeidsrett, Særlig om omstilling i offentlig sektor*. Universitetsforlaget 2007
- Bårdsen 2004 Bårdsen Merete: "Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte – EF-domstolens dom i Abler-saken" *Arbeidsrett, vol 1 nr. 2 2004* sidene 141-146
- Engelsrud 2003 Engelsrud Gerd: *Styring og Vern. Arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner*, J.W. Cappelens Forlag AS Oslo 2003
- Evju 2006 Evju Stein, "Virksomhetsoverdragelse i utvikling" *Arbeidsrett, vol 3 nr. 1 2006* sidene 52-64
- Fougner 2006 Fougner Jan: "Virksomhetsoverdragelse og tilpasning" *Arbeidsrett, vol 3 nr. 1 2006* sidene 65-76
- Fougner og Holo 2006 Fougner Jan, Holo Lars: *Arbeidsmiljøloven, Lov av 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. Kommentartutgave*, Universitetsforlaget 2006

| | |
|-----------------|--|
| Jakhellen 1993 | Jakhellen Henning: <i>Oversikt over arbeidsretten</i> , 3. utgave 2005. |
| Johansen 1999 | Johansen Thor-Erik: <i>Stillingsvernet i arbeidsmiljøloven</i> . Dommer og kjennelser fra Høyesterett. Utvalgt og kommentert av Thor-Erik Johansen. Høyskoleforlaget AS, 1999. |
| Moland 2009 | Moland Kine: "Virksomhetsoverdragelse, Betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet etter arbeidsmiljølovens § 16-1" <i>Arbeidsrett, vol 6 nr.2 2009</i> sidene 55-97 |
| Steen 2007 | Steen, Jon Koldrup: "Identitetsvurderingen ved virksomhetsoverdragelse" I hvilken grad vektlegges overføringen av ansatte? 22.10.2007 |
| Vågen 2004 | Vågen Kjetil: "Virksomhetsoverdragelse – identitetskravet i arbeidsmiljøloven § 73 A første ledd" <i>Arbeidsrett, vol 1 nr.4 2004</i> sidene 239 – 258 |
| Wynn-Evans 2006 | Wynn- Evans Charles: <i>Blackstone`s guide to The New Transfer of Undertakings Legislation</i> . Oxford University Press 2006 |
| Aas 2004 | Svee Aas Kjersti: "Virksomhetsoverdragelse i anbudssituasjoner – særlig om forhold relatert til prisfastsettelse" <i>Arbeidsrett, vol 1 nr.3 2004</i> sidene 186 – 199 |

8. LOV, FORARBEIDER OG RETTSPRAKSIS

Norske lover:

| | |
|------|--|
| 2005 | Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) |
| 2002 | Lov 21.juni 2002 nr.45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportloven) |
| 1992 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven) |
| 1977 | Lov 4.februar 1977 nr.4 arbeidsmiljøloven (opphevet) |

EU-lovgivning:

| | |
|----------------|---|
| EF- traktaten: | Traktat av 25.mars 1957 om opprettelse av det Europeiske økonomiske Fellesskap. |
| EØS-avtalen: | Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet av 27.november 1992 nr.109 |
| ODA: | Avtale mellom EFTA statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 27.november 1992 nr.109 |

Rådsdirektiv 2001/23/EF Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12.mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av

arbeidstakernes rettigheter ved overtakelse av foretak,
virksomhet eller deler av foretak eller virksomhet.

Rådsdirektiv 98/50EF Rådsdirektiv 98/50 av 29.juni om endring av direktiv 77/187/EØF
om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om
ivaretagelsen av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av
foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådsdirektiv 77/187/EØF Rådsdirektiv av 14.februar 1977 om tilnærming av
medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes
rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrift eller deler av
bedrifter.

Engelsk rett:

TUPE 2006 Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulation
2006

Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget
Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern
mv.(arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og
sikkerhetsområdet mv. som følge av en EØS-avtale

Ot. prp. nr. 79 (2000-2001) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om
arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
(virksomhetsoverdragelse m.m.)

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1997 side 1954 (*Løten*)

Rt. 1997 side 1965 (*Stavanger Catering*)

Rt. 2001 side 248 (*Olderdalen*)

Rt. 2006 side 71 (*SAS-Braathens*)

HR-2010-00473-A, (sak nr. 2009/1618), (*Bardufoss Flyservice*)

Lagmannsrett

Hålogaland Lagmannsrett LH 2009-47629 (*Bardufoss Flyservice*)

Hålogaland Lagmannsrett LH 2000-00970

Tingrett

Øvre Romerike Tingrett (saksnummer 09085847TVI-OVRO)

Praksis fra EF domstolen

Abler/Sodexho Sak C-340/01

Carlito Abler m.fl. mod Sodexho MM Catering
Gesellschaft mbh.

Hernández

Vidal m.fl. Sak C-127/96, C-229/96 og C-74/97

Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia
Gómez Pérez, María Gómez Pérez og Contratas y
Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner mot
Hoechst AG (C-229/96), og Mercedes Gómez
Montaña mot Claro Sol SA og Red Nacional de
Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)

| | | |
|-------------------------|--------------------------|---|
| <i>Liikenne</i> | Sak C-172/99 | Oy Liikenne AB mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen. |
| <i>Merckx</i> | Sak C-171/94 | Albert Merckx og Patrik Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA. |
| <i>Securicor/Kötter</i> | Sak C-232/04 og C-233/04 | Nurten Güney-Görres (sag C-232/04), Gul Demir (sag C-233/04) mod Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG |
| <i>Schmidt</i> | Sak C-392/92 | Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der frueheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen |
| <i>Spijkers</i> | Sak C-24/85 | Sak C-24/85 Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Bendik Abbator CV og Alfred Bendik en Zonen BV. |
| <i>Sützen</i> | Sak C-13/95 | Ayse Sützen mot Zenacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice |
| <i>Temco Services</i> | Sak C-51/00 | Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen, Mimoune Belfarth, Abdessalam, Afia-Aroussi og Khalil Lakhdar |

Praksis fra EFTA domstolen

| | | |
|------------------------------------|------------|---|
| <i>Eidesund Stavanger Catering</i> | Sak E-2/95 | Eilert Eidesund mot Stavanger Catering |
| <i>Rasmussen</i> | Sak E-2/04 | Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman mot Total E&P Norge AS |

Praksis fra Arbeidsretten

ARD 1920-21 side 341

ARD 1936 side 36

ARD 2004 side 163

ARD sak nr 28/2008 Inr. 24/2008